Introduction:
Le 9 juillet 2004, La Cour Internationale de Justice (ci-après: CIJ) a rendu un avis consultatif concernant les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé dans lequel elle constate la violation par l'Etat d'Israël de dispositions du droit international humanitaire (ci-après: DIH). En premier lieu, ce texte tentera d'expliquer brièvement[1] sur quelles bases le DIH est applicable à ce cas, puis essayera de démontrer comment la CIJ est arrivée à la conclusion qu'Israël a enfreint ses obligations de DIH et, en dernier lieu, quelles sont les raisons pour lesquelles la CIJ n'a pas estimé pertinentes les justifications d'Israël.

Applicabilité du droit international humanitaire:
Alors que la question de l'applicabilité du DIH sort du cadre de cet exposé, nous l'examinerons car c'est de sa réponse que dépend la violation éventuelle de certaines dispositions du DIH. De plus, comme nous le verrons, c'est un point sur lequel Israël a une vision opposée. La Cour rappelle que le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la quatrième convention de la Haye de 1907 (ci-après: le règlement de la Haye) a valeur de droit coutumier[2]. Dès lors, il n'importe pas que l'Etat d'Israël ne soit partie à cette convention. La Cour a utilisé l'article 42[3] du règlement de la Haye pour définir le statut du territoire sur lequel le mur est (ou va être) construit. Elle a déclaré que ce territoire devait être considéré comme un territoire occupé[4] et donc que les disposition qui ont trait à l'occupation étaient applicables. La Cour a aussi jugé que la quatrième Convention de Genève (dont Israël est Partie) est, malgré qu'Israël rejette son application *de jure*[5], applicable à ce cas. La Cour a appliqué l'article 2 commun aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949 pour arriver à cette conclusion.
On peut aussi ajouter que l'article 4 de la quatrième Convention de Genève (ci-après: CG4), dont l'avis de la CIJ ne parle pas, rend les dispositions de cette convention applicables aux personnes qui se trouvent au pouvoir d'une Puissance occupante dont elle ne sont pas ressortissantes. Les civils palestiniens vivant dans les territoires occupés et qui ne sont pas parties au conflit tombent donc dans cette catégorie de personnes protégées[6].
En ce qui concerne l'applicabilité de la CG4 « dans le temps », la Cour a retenu l'application de l'article 6(3) de ladite convention[7].

Dispositions du droit international humanitaire violées par la construction du mur:
La Cour a retenu les articles 47, 49, 52, 53 et 59 de la CG4 comme relevants[8] dans le cas qui lui était soumis. Cependant, son raisonnement porte essentiellement sur les articles 49 et 53. Ces articles concernent respectivement l'interdiction faite à la Puissance occupante de transférer sa population sur le territoire occupé et l'interdiction à cette même Puissance de réquisitionner ou détruire des biens se trouvant dans le territoire occupé.
Le sixième alinéa de l'article 49 dispose que: *« La Puissance occupante ne pourra procéder à la déportation ou au transfert d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle. »*. Selon l'avis de la Cour, cette disposition concerne: *« toutes les mesures que peut prendre une Puissance occupante en vue d'organiser et de favoriser des transferts d'une partie de sa propre population dans le territoire occupé.* » et pas seulement les *« déportations ou transferts forcés (...)»*[9]. En excluant de prendre en considération les conditions de transferts de la population de la Puissance occupante, la Cour a pris en compte le but de l'article 49(6) qui est d'éviter de mettre en

1 En effet cette question est traitée par un autre exposé relatif au même cas.
2 Cour Internationale de Justice (CIJ),*Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, Rép. CIJ(2004), par. 89.
3 Selon cet article: *« Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer. »*
4 Avis consultatif, *supra* n. 2, par. 78.
5 Voir Rosemary Abi-Saab, *« Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé »: quelques réflexions préliminaires sur l'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice*, RICR Septembre 2004, Vol. 86, No. 855, p. 640-641 et Avis consultatif,*supra* n. 2, par. 90.
6 Voir Position paper presented by the International Federation for Human Right (FIDH) and the International Commission of Jurists, *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory*, www.fidh.org.
7 Avis consultatif, *supra* n. 2, par. 125.
8 Avis consultatif, *supra* n. 2, par. 126.
9 Avis consultatif, *supra* n. 2, par. 120.

danger l'identité ethnique de la population du territoire occupé[10]. La Cour a relevé que la construction du mur pourrait s'accompagner d'un changement démographique résultant du départ de palestiniens vivant dans certaines zones[11] (notamment dans les « enclaves »). Il paraît cependant excessif de conclure que la Cour ait voulu ainsi établir un lien entre la construction du mur et l'interdiction du transfert de population de l'article 49(6)[12]. Cet alinéa ne couvre, en effet, que les cas de transfert de la population de la Puissance occupante vers les territoires occupés. Bien que la construction du mur ne constitue pas, en elle-même, un transfert de population, la Cour a reconnu que: *« (...)le tracé choisi pour le mur consacre sur le terrain les mesures illégales prises par Israël et déplorées par le Conseil de sécurité (...) en ce qui concerne Jérusalem-Est et les colonies de peuplement,[13] »*. En effet, le rapport du secrétaire général, mentionné par la Cour, constate que: *« A certains endroits les ouvrages s'écartent de la Ligne verte de plus de 7.5 kilomètres pour incorporer des colonies de peuplement, en encerclant des agglomérations palestiniennes.[14] »*. En suivant le raisonnement de la Cour on peut alors déduire que les mesures incitant la population de la Puissance occupante à venir s'installer sur le territoire occupé (dans ce cas en améliorant la sécurité des habitants des colonies), vont à l'encontre du but de l'article 49(6) CG4.
Il ressort des plans d'Israël pour la construction du mur que de nombreuses expropriations et destructions de biens privés et publics palestiniens seront nécessaires. En effet, la Cour note que: *« L'ouvrage a une largeur de 50 à 70 mètres, mais peut atteindre 100 mètres à certains endroits.[15] »*. Comme nous l'avons déjà noté plus haut, la Cour n'a pas admis l'applicabilité de l'art. 23(g) du règlement de la Haye qui interdit expressément ce comportement. Cet article est, en effet, compris dans la section II dudit règlement qui s'applique à la conduite des hostilités. Par contre l'articles 46 du même règlement proscrit aussi ce comportement et son article 52 l'autorise dans certaines limites. Ces articles sont, quant à eux, applicables lorsque les hostilités ont pris fin[16]. L'article 53 CG4 interdit aussi les destructions de biens privés ou publics *« ,sauf dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires. »*. Israël a construit le mur, pour assurer la protection de ses ressortissants. On ne peut pas renier le droit d'Israël à défendre ses citoyens vivant dans les territoires occupés, même si, au titre de l'article 4 CG4, ils ne sont pas considérés comme des « personnes protégées »[17]. Cependant, la Cour n'a pas estimé que le tracé du mur correspondait à des impératifs militaires, de sécurité nationale ou d'ordre public et a dit qu'il portait atteinte à de nombreux droits des Palestiniens vivant dans les territoires occupés par Israël[18]. Elle a déclaré que: *« (...) la construction du mur a entraîné la destruction ou la réquisition de propriétés dans des conditions contraires aux prescriptions des articles 46 et 52 du règlement de la Haye de 1907 et de l'article 53 de la quatrième convention de Genève.[19] »*. La Cour est arrivée à cette conclusion sans effectuer de test de proportionnalité, pourtant, selon l'avis du Juge Kooijmans: *« (...) les concepts de nécessité militaire et de proportionnalité ont toujours été intimement liés dans le droit international humanitaire. [20]»*. Nous pouvons alors regretter, avec D. Momtaz[21], que la Cour n'ait pas soumis ce cas au test de proportionnalité, ce qui aurait donné plus de poids à son argumentation.
Comme mentionné plus haut dans ce texte, la Cour a déclaré que les articles 52 et 59 CG4 sont aussi pertinents dans cette affaire. Elle n'a cependant pas examiné leur éventuelle violation. C'est uniquement en se référant aux droits de l'Homme que la Cour a conclu que la construction du mur

10 CICR, *Commentaire de la IV ème Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre,* Genève, CICR 1956, p.294 mentionné dans: Djamchid Momtaz, *« Israel and the fourth geneva convention: on the ICJ advisory opinion concerning the separation barrier„* in « Yearbook of international humanitarian law », Vol. 8, 2005.
11 Avis consultatif, *supra* n. 2, par. 122
12 Djamchid Momtaz, *« Israel and the fourth geneva convention: on the ICJ advisory opinion concerning the separation barrier„* in « Yearbook of international humanitarian law », Vol. 8, 2005, p. 352.
13 Avis consultatif, *supra* n. 2, par. 122.
14 Avis consultatif, *supra* n. 2, par. 83.
15 Avis consultatif, *supra* n. 2, par. 82.
16 Avis consultatif, *supra* n. 2, par. 124.
17 Djamchid Momtaz, *« Israel and the fourth geneva convention: on the ICJ advisory opinion concerning the separation barrier„* in « Yearbook of international humanitarian law », Vol. 8, 2005, p. 352
18 Avis consultatif, *supra* n. 2, par. 137.
19 Avis consultatif, *supra* n. 2, par. 132.
20 Avis consultatif, *supra* n. 2, opinion individuelle de M. le Juge Kooijmans, p. 229, § 34
21 Djamchid Momtaz, *« Israel and the fourth geneva convention: on the ICJ advisory opinion concerning the separation barrier„* in « Yearbook of international humanitarian law », Vol. 8, 2005, p. 355.

et l'application du régime administratif qui l'accompagne entravent le droit au travail et à un niveau de vie décent. On peut alors regretter que la Cour n'ait pas examiné ces questions sous l'angle du droit humanitaire, qui, à notre avis, devrait s'appliquer en temps que *lex specialis*. Des précisions quant au champs d'application des articles 52 et 59 auraient été bienvenues. On peut donc regretter, avec le Juge Kooijmans que la Cour n'ait pas établi une liste des dispositions de droit humanitaire qu'Israël a enfreint[22].

Les justifications d'Israël à cette construction sont-elles pertinentes?:
Les justifications d'Israël que la Cour a examinées sous l'angle de la « clause de nécessité » prévue à l'article 53 CG4 et dont nous avons parlé dans la section précédente, ne sont pas les seules qu'Israël ait avancées. Ces autres justifications, que nous allons traiter dans la présente section, concernent le *« Jus ad bellum »* et, par conséquent ne pourraient justifier les atteintes au DIH ni exclure la responsabilité d'Israël pour les dommage causés[23]. Elles pourraient cependant être relevantes en ce qui concerne la construction du mur en elle-même. Israël se base sur l'article 51 de la Charte des Nations Unies, pour invoquer son droit à la légitime défense contre des attaques terroristes. La Cour n'a pas jugé cet article pertinent dans le cas particulier, puisque, selon elle, cet article autorise la légitime défense: *« en cas d'agression armée par un Etat contre un autre Etat [24]»*. Elle ajoute que la menace qu'invoque Israël a son origine dans les territoires occupés qui se trouvent sous son contrôle et que, par conséquent, cette condition n'est pas remplie. Les arguments avancés par la Cour ne font pas l'unanimité parmi les juges[25] et les commentateurs. La Cour n'a pas non plus répondu, dans son avis, à la question de savoir si la construction d'un mur était une mesure de légitime défense acceptable quelque soit la source de la menace[26]. On peut aussi regretter que la Cour n'ait ni pris en considération, ni jugé de la validité de la « nouvelle notion de légitime défense » telle qu'elle est apparue à la suite des attaques terroristes du 11 septembre 2001. En effet, le Conseil de Sécurité des Nations Unies s'était référé à la légitime défense dans le contexte d'attaques terroristes[27].
La Cour s'est aussi posée la question de savoir si un Etat de nécessité était à même de justifier la construction du mur. Elle relève que cette considération se rapproche des clauses de dérogation contenues à l'article 53 CG4 et 52 du règlement de la Haye. Elle se demande alors si la clause de nécessité peut être invoquée en ce qui concerne ces traités. La Cour ne répond pas à cette question puisqu'elle ne considère pas que l'Etat de nécessité puisse justifier la construction du mur. Elle a, en effet, rappelé que l'une des conditions à l'application de cette règle de droit coutumier est que: *« le fait incriminé doit constituer* « pour l'Etat le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent.[28]». La Cour n'a pas estimé que dans la présente affaire la construction du mur soit le seul moyen à disposition d'Israël pour se défendre contre les actes de violence visant sa population. Elle rejoint ici les arguments qu'elle avait utilisés pour exclure l'application des clauses de dérogation des articles 53 CG4 et 52 du règlement de la Haye[29].
En conclusion, malgré que cette avis constitue un premier pas vers la criminalisation de la politique de colonisation d'Israël, nous pouvons regretter que la CIJ n'ait pas saisi l'occasion de clarifier certains concepts du droit applicable à l'occupation militaire, par exemple en élaborant une liste des dispositions violées par cette construction ou en appliquant le test de proportionnalité[30] entre cette mesure et ses effets.

---

22 Avis consultatif, *supra,* n. 2 opinion individuelle de M. le Juge Kooijmans, p. 227-228, § 29, mentionné dans:Rosemary Abi-Saab, *« Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé »: quelques réflexions préliminaires sur l'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice*, RICR Septembre 2004, Vol. 86, No. 855, p.649.

23 Voir Alexander Orakhelashvili, *« Legal consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory: Opinion and reaction »,*, in « Journal of Conflicts & Security Law (2006), Vol. 11, N. 1, §2.5, p. 126.

24 Avis consultatif, *supra* n. 2, par 139.

25 Voir les opinions individuelles des juges Higgins et Buergenthal mentionnés en note de bas de page dans: Rosemary Abi-Saab, *« Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé »: quelques réflexions préliminaires sur l'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice*, RICR Septembre 2004, Vol. 86, No. 855, p. 652.

26 Voir Alexander Orakhelashvili, *« Legal consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory: Opinion and reaction »,*, in « Journal of Conflicts & Security Law (2006), Vol. 11, N. 1, §2.5, p. 128.

27 Voir *Supra* N. 26, p. 126

28 Avis consultatif, *supra* n. 2, par 140.

29 Avis consultatif, *supra* n. 2, par 135-136.

30 Voir plus haut dans le texte, troisième section.